Ist die sog. Alternativität als selbständige Konkurrenzform neben der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion begründet?

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der
Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

WILHELM ROMPEL
REFERENDAR
aus
WIESBADEN-BIEBRICH
Straße der Republik 9

MARBURG (LAHN) 1928

Ist die sog. Alternativität als selbständige Konkurrenzform neben der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion begründet?

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der
Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

WILHELM ROMPEL
REFERENDAR
aus
WIESBADEN-BIEBRICH
Straße der Republik 9

MARBURG (LAHN) 1928

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Abschnitt:

§ 1 Einleitung und kurze Angabe der Bearbeitungsmethode des Themas 1

II. Abschnitt:

Die Vergleichsmittel für die Bedeutung der Alternativität 2—15

§ 2 Der Konkurrenzbegriff des Strafrechts und sein Gegenstand 2

§ 3 Real- und Idealkonkurrenz 3

§ 4 Spezialität 4

§ 5 Subsidiarität 5

§ 6 Konsumtion 7

§ 7 Das Verhältnis der Teilnahmeformen als Konkurrenz eigener Art 11

§ 8 Die „strarlose Nachtat" als Ergebnis einer weiteren selbständigen Konkurrenzform 13

III. Abschnitt:

Die verschiedenen Begriffsdefinitionen der Alternativität und ihre Bedeutung . . . . . 16—24

§ 9 Die Alternativität Liszts 16

§ 10 Der Belingsche Alternativitätsbegriff 17

§ 11 Die Definition Bindings, Allfelds und Ad. Merkels . . 18

§ 12 Die Alternativität im Sinne Honigs und ihre Bedeutung 20

1. Die Kennzeichnung dieses Begriffs 20

2. Seine Bedeutung, insbesondere für die Rechtsfindung 22

Schrifttum.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1922
Aschrott-Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Bd. I . . 1910
Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts nach dem Entwurf von 1925 1926
Beling: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
Grundzüge des Strafrechts, 8.—9. Auflage 1925
Binding: Handbuch des Strafrechts 1885
van Calker: Strafrecht, Grundriß 1924
Dörr: Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil 1920
Finger: Lehrbuch des Strafrechts, Bd. I 1904
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Auflage . . 1926
Heinemann: Die Lehre von der Idealkonkurrenz 1893
Honig: Straflose Vor- und Nachtat, Leipzig 1927
Köhler: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz 1900
Köhler: Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil 1917
Leipziger Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3. Auflage 1925
Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß, Bd. I 1912
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage 1927
Mayer, Max Ernst: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts 1915
Merkel, Adolf: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889
Merkel-Lipmann: Die Lehre von Verbrechen und Strafe 1912
v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Auflage . . . 1927
Stenglein: Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs 5. Auflage, Bd. I 1928

Die Entscheidungen des Reichsgerichts sind mit Band- und Seitenangaben an den betreffenden Stellen der Abhandlung einzeln aufgeführt.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556026_0015

I. Abschnitt.

§ 1.

Einleitung und Bearbeitungsmethode.

„Die Lehre von der Idealkonkurrenz gehört noch immer zu den bestrittensten Materien des allgemeinen Teiles des Strafrechts" [1]. Diese im Jahre 1893 geschriebene Feststellung gilt heute noch, und zwar nicht nur für das Gebiet der Idealkonkurrenz, sondern für die Konkurrenzenlehre überhaupt. Literatur und Rechtsprechung bemühen sich noch in gleicher Weise um die Klärung und Abgrenzung der Konkurrenzbegriffe. In dem Streit um die Einheit oder Mehrheit der Handlung bei der Idealkonkurrenz, um die Berechtigung der Bezeichnungen Idealkonkurrenz, Gesetzeskonkurrenz usw., um die Möglichkeit der Feststellung einer Idealkonkurrenz zwischen bestimmten Strafnormen in Theorie und Praxis, überall befinden sich die Meinungen noch im Fluß. Die Gesetzgebung selbst hat sich darauf beschränkt, die Folgen des Vorliegens der Konkurrenzformen festzustellen — im Gebiete der sogenannten Gesetzeskonkurrenz auch nur mit Einschränkungen —; im übrigen schweigt sie zu den Begriffen und dem Wesen der Konkurrenzformen.

Auf dem Gebiete der sog. Gesetzeskonkurrenz — ob diese ihren Namen mit Recht führt, mag später erörtert werden — haben sich drei Begriffe herausgeschält, deren rechtliche Bedeutung bisher im wesentlichen allgemein anerkannt ist: die Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion. „Bisweilen wird noch als ein weiterer Fall der Gesetzeskonkurrenz die sog. Alternativität der Strafgesetze angeführt" [2]. Die Ausdrucksweise des Vorentwurfs läßt schon nicht auf eine unbedingte Anerkennung der Alternativität schließen. Und so sind denn auch Begriff, Wesen und Bedeutung dieser angeblichen Konkurrenzform derart umstritten, daß sie einer eingehenden Betrachtung würdig erscheint. Gegenstand der Erörterung soll hier die Frage sein, ob die Alternativität würdig ist, als selbständige Konkurrenzform gleichwertig den übrigen drei Konkurrenzformen zur Seite gestellt zu werden. Maßstab der Beurteilung ist hierbei der Begriff der Konkurrenz überhaupt und die den genannten drei Konkurrenzformen zukommende Bedeutung.

Grundsätzlich würde der Aufbau meiner Abhandlung zunächst eine Definition des Alternativitätsbegriffes erfordern, damit im Anschluß hieran die oben angedeuteten Betrachtungen vorgenommen werden können. Da aber die Wissenschaft einen einheitlichen Alternativitätsbegriff nicht kennt, im Gegenteil eine Fülle der verschiedensten Alternativitätsbegriffe aufweist, sei es mir gestattet, bei der Abfassung meiner Abhandlung zunächst die — feststehenden — Maßstäbe der Beurteilung zu behandeln und dann erst die einzelnen Alternativitätsbegriffe auf ihre Bedeutung zu erforschen.

---

[1]) Heinemann a. a. O. S. 1.

[2]) V. E. Bgr. S. 373, Anm. 4.

II. Abschnitt.

Die Vergleichsmittel für die Bedeutung der Alternativität.

§ 2.

Der Konkurrenzbegriff des Strafrechts und sein Gegenstand.

Ich beginne hier mit der „Beschreibung meiner Werkzeuge". Die Alternativität soll zunächst Konkurrenzform sein. Es ist also der Begriff „Konkurrenz" im allgemeinen darzulegen und weiterhin zu erforschen, ob und in welcher Hinsicht dieser Begriff im Strafrecht eine engere Auslegung erfahren hat. Vom Wortlaut ausgegangen — das Fremdwort Konkurrenz stammt von lateinisch concurrere —, bedeutet Konkurrenz soviel wie „Zusammenlaufen", „Zusammentreffen" [1], und im letzteren Sinne ist sie auch überall da, wo sie im Bereiche des Rechts vorkommt, gebraucht. Ich erwähne nur im Gebiete des Bürgerlichen Rechts den Begriff des konkurrierenden—zusammentreffenden, mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB.) [2].

Die Konkurrenz des geltenden Strafrechts, die allein hier näher angeht, hat ihren Niederschlag gefunden in den §§ 73, 74 StGB. Auch hier spricht die Überschrift dieses Abschnitts von „Zusammentreffen".

Nachdem die Bedeutung der Konkurrenz als Zusammentreffen festgestellt ist, ist weiter die Frage zu erörtern: Was konkurriert nun? Die Überschrift des genannten Abschnittes lautet: „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen". Was ist hier unter „strafbarer Handlung" zu verstehen? Darunter könnte einmal die strafrechtlich zu würdigende physische Handlung gemeint sein. Hiergegen spricht schon der Wortlaut des diesem Abschnitt angehörenden § 73: „Eine und dieselbe Handlung". Denn bei der Auffassung der „strafbaren Handlung" als physische Handlung wäre für diesen Paragraph, der ja eine natürliche Handlungseinheit — abgesehen für den Fall des fortgesetzten Delikts — voraussetzt, in dem genannten Abschnitt des Strafgesetzbuchs, welcher nach der hier abgelehnten Ansicht dann eine Mehrheit natürlicher Handlungen behandeln müßte, kein Raum.

Es kann weiter an eine Konkurrenz der konkreten strafbaren Handlungen gedacht werden. Erst durch das Hinzutreten bestimmter Umstände wird die tatsächliche Handlung zu einer strafbaren. Die konkrete strafbare Handlung stellt sich somit als die mit bestimmten Vorstellungen und Merkmalen bekleidete physische Handlung dar. Köhler erklärt nun: „Der Ausdruck „strafbare Handlungen" kann hier kaum anders verstanden werden, denn als gleichbedeutend mit Verbrechen

---

[1]) Vgl. Köhler: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, S. 8: „Zusammentreffen oder gleichzeitiges Vorhandensein".

[2]) Bezüglich weiteren Vorkommens vgl. Köhler a. a. O.

(oder Straftaten) im Sinne der Strafrechtswissenschaft" [1]). Verbrechen im Sinne der Strafrechtswissenschaft ist aber der erfüllte „Tatbestand, an den durch die Rechtsordnung die Strafe als Rechtsfolge geknüpft ist" [2]). Es konkurrieren also die konkreten strafbaren Handlungen.

§ 3.

Real- und Idealkonkurrenz.

Die aus der Überschrift des genannten Abschnittes gewonnene Erkenntnis darf aber vorläufig nur insoweit verwandt werden, als sie sich auf die in diesem Abschnitt geregelten Konkurrenzfälle bezieht. Es sind dies die sog. Realkonkurrenz und die sog. Idealkonkurrenz, je nachdem die Verbrechen in bezug auf mehrere oder auch nur auf eine Handlung zusammentreffen.

Erscheinen als Beziehungspunkt der Konkurrenz mehrere Handlungen, so stellt sie sich als Realkonkurrenz dar. Auf deren Folgen, die im § 74 StGB. niedergelegt sind, näher einzugehen, erübrigt sich hier, da sie für die Behandlung unserer Frage nicht von Bedeutung sind.

Festzustellen ist hier nur, daß die realkonkurrierenden Gesetzestatbestände auch tatsächlich erfüllt sind, die Realkonkurrenz somit Konkurrenz in dem oben (§ 2) angegebenen Sinne ist.

Wenden wir uns dem im § 73 StGB. geregelten Konkurrenzbegriffe zu. Dieser wird überwiegend als Idealkonkurrenz bezeichnet. Die vereinzelt vorkommende Bezeichnung „Gesetzeskonkurrenz" ist abzulehnen, da diese Benennung, wie noch dargelegt werden wird, mit voller Berechtigung einem anderen Begriffe zukommt.

Die Idealkonkurrenz setzt voraus, daß eine Handlung sowohl den Tatbestand des einen Gesetzes, als auch den eines anderen oder weiteren Gesetzes erfüllt. Eine weitere Voraussetzung ist die, daß diese Gesetze sich bei der Anwendung gleichwertig gegenübertreten [3]), d. h. die verschiedenen Gesetze dürfen sich nicht gegenseitig in der Anwendung ausschließen. Die Behandlung der Idealkonkurrenz ist gemäß § 73 StGB. nach dem Gesichtspunkt des strengsten Gesetzes geregelt. Und zwar bezieht sich die Exklusivität des strengsten Gesetzes nur auf das Strafmaß; die strafrechtliche Würdigung im Urteil hat unter Berücksichtigung sämtlicher konkurrierender Gesetze zu erfolgen. In diesem Sinne ist der Wortlaut des Gesetzes: „Kommt . . . zur Anwendung" auszulegen, wie dies auch in Literatur und Rechtsprechung anerkannt ist.

[1]) Köhler a. a. O. S. 44, ebenso Leipziger Komm. Vorbem. 1 zum V. Abschnitt.

[2]) v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 144.

[3]) Mit Recht bezeichnet deshalb van Calker a. a. O. S. 70, die Idealkonkurrenz als eine Konkurrenz gleichwertiger Tatbestände.

Die Idealkonkurrenz führt ihren Namen mit Recht; es liegt hier nur eine scheinbare (ideelle) Konkurrenz vor, da wohl mehrere Straftatbestände erfüllt sind, jedoch — hinsichtlich des Strafmaßes — letzten Endes nur eines der erfüllten Strafgesetze Anwendung findet. Sie ist aber, was bedeutsam zu unserer Frage erscheint, Konkurrenz, d. h. hier liegt ein „Zusammentreffen oder gleichzeitiges Vorhandensein" mehrerer erfüllter Gesetzestatbestände vor.

§ 4.

Spezialität.

Ich komme nun zur Betrachtung der Konkurrenzformen, die den Hauptmaßstab meiner Beurteilung bilden: der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion. Sie werden allgemein als Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz aufgefaßt. Eine eingehende Untersuchung dieser Konkurrenzformen wird erst erkennen lassen, ob dies richtig ist, ob nicht Honig zuzustimmen ist, der diese Unterordnung leugnet, vielmehr die Gesetzeskonkurrenz als mögliche Erscheinungsform der genannten Konkurrenzformen ansieht [1]).

Die Gesetzeskonkurrenz stellt sich als ein solches Verhältnis von Strafgesetzen dar, daß, wenn sie „zusammentreffen", das eine dieser Gesetze die Anwendung der übrigen ausschließt [2]). Und zwar tritt dieser Ausschluß ein kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (z. B. bei der ausdrücklichen Subsidiarität!) oder im Wege der Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Exklusivität ergibt sich aus dem Gesetz selbst [3]), daher mit Recht „Gesetzeskonkurrenz". Daß dieses Zusammentreffen sowohl in bezug auf eine, als auch auf mehrere Handlungen im natürlichen Sinne erfolgen kann und nicht, wie es die h. M. tut, bei der Gesetzeskonkurrenz an der Einheit der Handlung festgehalten werden muß, wird die weitere Erörterung ergeben.

Während das Wesen der Spezialität, der ersten der genannten drei Konkurrenzformen, klar erkannt ist, lassen die Begriffsdefinitionen, die die einzelnen Schriftsteller von ihr geben, noch sehr an Klarheit und Schärfe der Abgrenzung zu wünschen übrig. Am eindeutigsten kennzeichnet Honig, der übrigens auch eine gute Kritik an diesen Definitionen walten läßt, die Spezialität als ein solches Verhältnis, „daß sämtliche Tatbestandsmerkmale der lex generalis (des Grundtatbestandes) in der lex specialis enthalten sind, außerdem aber noch ein oder mehrere spezialisierende Merkmale" [4]). Und zwar ist Spezialität auch dann gegeben, wenn die Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestandes zwar nicht einzeln in der lex specialis enthalten sind, sondern dort in einem Gesamtbegriff zusammengefaßt er-

[1]) Honig a. a. O. S. 12.

[2]) Im Gegensatz zu der Idealkonkurrenz treten hier ungleichwertige Gesetze in Konkurrenz; vgl. van Calker a. a. O. S. 70.

[3]) Vgl. Dörr a. a. O. S. 108: „Nach dem Willen des Gesetzes".

[4]) Honig a. a. O. S. 19.

scheinen. So sind in dem § 217 StGB. sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 212 StGB. einzeln aufgeführt, als plus noch die Spezialisierung des Täters und des Handlungsobjektes, sowie eine Hinzufügung eines Handlungszeitpunktes, während der § 215 die Tatbestandsmerkmale des § 212 StGB. in dem Worte „Totschlag" zusammenfaßt — als plus hier Verwandte als Täter und Handlungsobjekt. Damit erscheint der Begriff der Spezialität genügend gekennzeichnet zu sein. Bedeutsamer sind die Folgen, die sich daraus ergeben. Hier sind, und zwar durch eine Handlung, beide Gesetzestatbestände erfüllt. Es käme somit Idealkonkurrenz in Frage. Das Spezialitätsverhältnis schließt aber die Möglichkeit einer solchen aus. Vielmehr kommt hier allein die lex spezialis zur Anwendung. Daß diese und nur diese zur Anwendung kommt, „folgt aus der Grundregel aller strafrechtlichen Subsumtionstätigkeit, daß stets nach demjenigen Rechtssatz zu suchen ist, dessen Tatbestandsmerkmalen die Handlung am vollkommensten entspricht" [1]). Die Spezialität ist keine ausdrückliche, denn das Gesetz selbst enthält keinen ausdrücklichen Hinweis auf die ausschließliche Anwendbarkeit, wie dies bei der ausdrücklichen Subsidiarität der Fall ist. Sie beruht lediglich auf dem Verhältnisse dieser Gesetze.

Ergebnis: Die Spezialität ist zunächst Konkurrenz, denn die Tatbestände der in diesem Verhältnis stehenden Gesetze sind erfüllt [2]). Die Erkenntnis des Spezialitätsverhältnisses wird aus dem Gesetze selbst gewonnen, deshalb Gesetzeskonkurrenz. Die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz wird durch dieses Verhältnis ausgeschlossen.

§ 5.

Subsidiarität.

Nicht so klar ist die Sachlage auf dem Gebiete der Subsidiarität. Auch hier beziehe ich mich auf Honig, der den Subsidiaritäts-Begriff folgendermaßen definiert: „Mehrere Strafrechtssätze stehen im Verhältnis der Subsidiarität zueinander, wenn dasselbe Rechtsgut durch sie in verschiedenen Angriffsstadien geschützt wird; die subsidiäre Strafbestimmung kommt nach Verwirklichung der primären nicht zur Anwendung, weil das zwar notwendigerweise zu durchlaufende, aber weniger gefährliche Angriffsstadium als unbedeutenderes außer Betracht bleibt" [3]). Er gelangt hierzu, indem er zunächst die einzelnen bestehenden Begriffsdefinitionen einer scharfen Kritik unterzieht. Ausgehend von der stillschweigenden Subsidiarität untersucht er weiter die vorliegenden Subsidiaritätsverhältnisse auf das ihnen Eigentümliche. Er erkennt, daß die subsidiären Gesetze teils Vorbereitungshandlungen, teils Anfangshandlungen der Ausführung der Haupttat betreffen, die sich gegen dasselbe Rechtsgut richten. Auf diesem Wege gelangt er zu obigem Subsidiaritätsbegriff.

[1]) Honig a. a. O. S. 29.

[2]) und in diesem Sinne, d. h. da die so konkurrierenden Gesetze tatsächlich erfüllt sind, ist auch die Gesetzeskonkurrenz „Zusammentreffen", nicht nur ein bloßer „Wettbewerb von Paragraphen". Honig a. a. O. S. 3, ebenso Merkel-Lipmann a. a. O. S. 342.

[3]) Honig a. a. O. S. 49.

Nachdem dieser klar festgestellt ist, gilt es, sich mit dem Wesen und der Bedeutung der Subsidiarität zu befassen. Betrachten wir die in dem Verhältnis der stillschweigenden Subsidiarität stehenden §§ 201 und 205 StGB. Gegenstand der Handlung ist im § 201 die Herausforderung zum Zweikampf, Gegenstand des § 205 StGB. der Zweikampf selbst. Es sind also hierin zwei verschiedene selbständige Handlungen strafrechtlich geregelt — wobei sich die erstere als Vorbereitungshandlung der Haupttat darstellt. Falls es nun zum Zweikampf kommt, ständen beide Straftaten im Verhältnis der Realkonkurrenz, da mehrere Handlungen vorliegen. Die Möglichkeit einer Realkonkurrenz wird jedoch durch das zwischen beiden Strafbestimmungen bestehende Subsidiaritätsverhältnis ausgeschlossen.

Untersuchen wir weiter das Verhältnis der Versuchshandlung zu der vollendeten Straftat. Die Ausdrucksweise des Gesetzes in § 43: „wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist" weist ausdrücklich auf das Subsidiaritätsverhältnis hin. Ein solches nehmen auch an u. a. Frank (a. a. O. S. 223), Binding (a. a. O. 1. S. 360), Köhler (Deutsches Strafrecht, allg. Teil, S. 71), Merkel (a. a. O. S. 290). Honig leugnet demgegenüber teilweise die Subsidiarität der Versuchshandlung, indem er behauptet, „daß bei Einheit der Handlung die Feststellung eines Versuchstatbestandes überhaupt unzutreffend ist" [1]). Gewiß, daß bei einer Handlung eine Idealkonkurrenz zwischen Versuch und demselben vollendeten Delikt ausgeschlossen ist, erscheint uns selbstverständlich. Aber warum ist es so? Weil gerade die Klausel des § 43 die ausdrückliche Subsidiarität des Versuchs gegenüber der Vollendung desselben Tatbestandes ausspricht!

Es ergibt sich als Feststellung, daß das Verhältnis der Subsidiarität auch in bezug auf eine Handlung vorliegen kann, seine Folge ist dann Ausschluß der Idealkonkurrenz zwischen beiden Gesetzestatbeständen. Hiermit ist schon die Behauptung Honigs, daß die Subsidiarität stets eine Mehrheit von Handlungen voraussetzt [2]), widerlegt. Hieraus folgert Honig weiter, daß die Subsidiarität nicht Gesetzeskonkurrenz sei [3]). Eine Folge seiner Auffassung von der Gesetzeskonkurrenz, da er hierbei an der Einheit der Handlung festhält. Insoweit muß ihm diese Konsequenz zum Verdienst angerechnet werden gegenüber der übrigen Doktrin, die ebenfalls die Gesetzeskonkurrenz als Tateinheit auffassen zu müssen glaubt, aber trotzdem die Subsidiarität, die sich auch auf eine Handlungsmehrheit beziehen kann, als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz betrachtet [4]). Und was gebietet uns, die Gesetzeskonkurrenz als Handlungseinheit anzusehen? Es ist dies eine verständliche, wenn auch nicht unbedingt notwendige Folge daraus, daß man

[1]) Honig a. a. O. S. 49, Anm. 5.

[2]) Honig a. a. O. S. 31, ebenso Max Ernst Mayer a. a. O. S. 512.

[3]) Honig a. a. O. S. 31.

[4]) Auch Frank rechnet die Subsidiarität zu der Gesetzeskonkurrenz, die er ebenso wie die Idealkonkurrenz unter dem Gesichtspunkt der Tateinheit betrachtet, gibt aber zu, daß die Subsidiarität auch den Ausschluß von Realkonkurrenz bewirken kann. (Frank a. a. O. S. 223.)

die Gesetzeskonkurrenz bisher immer im Zusammenhang mit der Idealkonkurrenz und im Gegensatz zur Realkonkurrenz behandelt hat. Man läßt hierbei außer Acht, daß die Gesetzeskonkurrenz auch zur Idealkonkurrenz einen Gegensatz bildet, da sie diese bei Einheit der Handlung doch gerade ausschließt. Das Wesen der Gesetzeskonkurrenz besteht, wie bereits oben (§ 4) festgestellt ist, nur darin, daß sie ein Zusammentreffen von Strafgesetzen darstellt derart, daß eines dieser Gesetze aus seinem Verhältnis dem anderen gegenüber oder kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung allein gelten will und die Anwendung dieses anderen ausschließt. Gleichgültig ist hierbei, ob dieses Zusammentreffen in bezug auf e i n e oder m e h r e r e Handlungen erfolgt, je nachdem tritt Ausschluß der Ideal- oder Realkonkurrenz ein.

E r g e b n i s: Die Subsidiarität ist ebenfalls Konkurrenz, da die in diesem Verhältnis stehenden Gesetze tatsächlich erfüllt sind. Sie ist weiter Gesetzeskonkurrenz, da sich der Ausschluß des einen Gesetzes aus dem Verhältnis der so konkurrierenden Strafrechtssätze ergibt. Ihre Bedeutung besteht darin, daß sie, soweit e i n e Handlung Gegenstand der Beurteilung bildet, die I d e a l konkurrenz, soweit m e h r e r e Handlungen vorliegen, die R e a l konkurrenz zwischen den betreffenden Gesetzestatbeständen ausschließt.

§ 6.

K o n s u m t i o n.

Lex consumens derogat legi consumtae! Dieser Satz, der bei fast allen Schriftstellern wiederkehrt, stellt lediglich die Folgen der dritten zu behandelnden Konkurrenzform, der K o n s u m t i o n, fest. Anders steht es mit der Erkenntnis von dem Konsumtionsbegriff selbst. Hier verzichtet die Doktrin größtenteils, einen einheitlichen Begriff aufzustellen und beschränkt sich nur darauf, einzelne Gruppen von im Verhältnis der Konsumtion stehenden Gesetzen zu nennen, was hier unbedingt das einfachere bedeutet. So nimmt Frank Konsumtion „besonders" dann an,

a) „wenn durch Vereinigung mehrerer Tatbestände ein eigenartiges Delikt gebildet wird" [1]).

b) Wenn der Tatbestand des einen Delikts bei den anderen als Strafschärfungsgrund verwendet wird" [1]).

c) Wenn außerhalb des Verhältnisses der Subsidiarität zu dem Tatbestand des ersten Delikts schon die Betätigung des Vorsatzes genügt, dessen Verwirklichung der des zweiten fordert. Richten sich in diesem Falle die beiden Delikte gegen denselben Gegenstand, so wird das nachfolgende durch das voraufgegangene konsumiert" [1]).

Schon die Ausdrucksweise Franks „besonders" läßt darauf schließen, daß er damit die Fälle der Konsumtion nicht erschöpfend angegeben haben will. Auch andere verfolgen dieselbe „einfachere" Methode. So beschränkt sich Dörr auf Auf-

[1]) Frank a. a. O. S. 223.

zählung ungefähr derselben angeblichen Konsumtionsfälle wie Frank [1]). Liszt macht bei seiner Ausführung den Vorbehalt des „usw." [2]). Zur Kennzeichnung dieser Betrachtungsweise mag dies genügen. Honig wiederum muß es zum Verdienst angerechnet werden, daß er unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes einen einheitlichen Konsumtionsbegriff aufgestellt hat. Eine Kritik desselben mag vorläufig unterbleiben. Es soll hier vielmehr versucht werden, die anerkannten Konsumtionsfälle auf das ihnen gemeinschaftliche zu untersuchen und so einen einheitlichen Konsumtionsbegriff zu bilden.

Die Konsumtion kennzeichnet sich ihrer Benennung nach als „rechtliche Aufzehrung" [3]). Und zwar, da sie nicht als Oberbegriff verwandt wird, sondern der Spezialität und Subsidiarität gleichgeordnet auftritt, außerhalb dieser Konkurrenzfälle. Das Verbrauchtsein der einen Straftat durch die andere muß sich aus dem Verhältnis der Strafgesetze ergeben. Nur das Gesetz kann solches gebieten. Es geht nicht an, wie es vielfach geschieht, aus allgemeinen strafrechtlichen Gesichtspunkten eine solche rechtliche Aufzehrung anzunehmen, was noch näher dargelegt werden wird [4]). Unbedingte Anerkennung als Konsumtionsfälle genießen nur die beiden ersten von Frank unter a und b angeführten. Einmal handelt es sich hier um das zusammengesetzte Delikt. So entsteht aus der Vereinigung der Tatbestände der Nötigung (§ 240 StGB.) und des Diebstahls (§ 242 St.GB.) der Raub (§ 249 StGB.). Nötigung und Diebstahl erscheinen somit als notwendige Mittel zur Begehung des Raubes. Und zwar treten sich diese Mittel innerhalb des zusammengesetzten Delikts gleichwertig gegenüber. Zu seiner zweiten Gruppe gelangt Frank, indem er den einfachen Raub dem Raub unter Marterung (§ 251 StGB.) gegenüberstellt. In diesem Delikt erscheinen Spezialität und Konsumtion vereint. Der mit Marterung verbundene Raub steht zu dem einfachen Raub im Verhältnis der Spezialität, da der volle Grundtatbestand des Raubes darin enthalten ist, außerdem als spezialisierendes Merkmal der Tatbestand der Körperverletzung (§ 223 StGB.). Konsumtion liegt vor deshalb, weil die Körperverletzung sich als notwendiges Mittel zur Begehung des Delikts des § 251 StGB. darstellt. Dasselbe gilt von dem Verhältnis des Einsteigediebstahls (§ 243 Ziff. 2 StGB.) zu dem einfachen Diebstahl (§ 242 StGB.) und dem Hausfriedensbruch (§ 123 StGB.). Zwischen § 243 Ziff. 2 und § 242 StGB. besteht Spezialität. Der Hausfriedensbruch ist notwendiges Mittel zum Einsteigediebstahl, deshalb Konsumtion. In diesen Fällen des zusammengesetzten Delikts, zu dessen Kennzeichnung die angeführten Beispiele genügen mögen, ist das das Mittel bildende Delikt in dem Tatbestand des dadurch vermittelten Delikts ausdrücklich enthalten. Der Tatbestand der Brandstiftung

[1]) Dörr a. a. O. S. 109.

[2]) v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 343.

[3]) RG. 57, 199.

[4]) So erklärt Dohna a. a. O. S. 405 die Gesetzeskonkurrenz überhaupt „aus allgemeinen Prinzipien", ohne auf ihre tatsächliche Ursache näher einzugehen.

(§§ 306 ff. StGB.), den Honig als weiteren anerkannten Konsumtionsfall nennt [1]), führt nicht die Sachbeschädigung des § 303 StGB. als Bestandteil des Tatbestandes. Und doch ist auch bei der Brandstiftung der §§ 306 bis 308 StGB. notwendiges Mittel die Beschädigung der in Brand gesetzten Sachen. Soweit diese sich als Sachbeschädigung des § 303 StGB. darstellt, d. h. soweit Objekt der Brandstiftung fremdes Eigentum ist, wird sie durch die Brandstiftung konsumiert [2]).

Wie stellt sich nun das Verhältnis der Gefährdungs- zu den Verletzungsdelikten dar? Der Täter bringt einem andern Gift bei mit dem Vorsatz, ihn zu töten. Hier bildet der Tatbestand des § 229 das Mittel zur Erfüllung des Tatbestandes des § 211 bezw. 212 StGB. Der Täter hätte diesen Erfolg auch auf anderem Wege erreichen können. Deshalb ist die Vergiftung nicht notwendiges, sondern mögliches Mittel der Tötung. Ebenso ist die Verfolgung des Tötungsvorsatzes durch Aussetzung (§ 221 StGB.) denkbar. Es ergibt sich als Folgerung hieraus, daß die Gefährdungsdelikte mögliche Mittel zur Erreichung des mit dem Verletzungsvorsatze verfolgten Zwecks bilden, deshalb Konsumtion des Gefährdungsdelikts durch das Verletzungsdelikt.

Ein ähnlicher Fall: Jemand unterschlägt eine Sache, indem er sie vernichtet, etwa durch Verbrennen, um sein Zimmer zu heizen. Mit der Vernichtung ist die Aneignung erfolgt. Hier ist sowohl der Tatbestand des § 246 StGB. als auch der des § 303 StGB. erfüllt. Die auf der Vernichtung des Gegenstandes beruhende Sachbeschädigung ist aber Mittel der Aneignung. Das Ergebnis dieses Beispiels zeigt, daß die Sachbeschädigung zwar nicht notwendiges, da eine Unterschlagung auch auf andere Weise erfolgen kann, aber doch mögliches Mittel der Unterschlagung ist. Deshalb Konsumtion des Delikts aus § 303 StGB. durch das des § 246 StGB. Dieselbe Erkenntnis ergibt eine Betrachtung des Verhältnisses des § 299 StGB. zu dem § 303 StGB. Auch hier tritt Konsumtion der Sachbeschädigung durch die Verletzung des Briefgeheimnisses ein, da die Sachbeschädigung mögliches Mittel zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 299 StGB. ist [3]).

Der einheitliche Gedanke, der sich aus diesen Beispielen herausschälen läßt, ist folgender: Strafgesetze stehen im Verhältnis der Konsumtion, wenn sich das eine der Gesetze als notwendiges oder mögliches Mittel zur Verwirklichung des anderen Straftatbestandes darstellt [4]). Diese Definition steht mit der Honigs, der sie auf den

---

[1]) Honig a. a. O. S. 66.

[2]) Daß trotzdem Idealkonkurrenz zwischen der Brandstiftung der §§ 306 bis 308 und der Sachbeschädigung des § 303 StGB. möglich ist, beweist der Fall, in dem durch die Brandstiftung andere Gegenstände als die in Brand gesetzte Sache beschädigt werden. Für die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz vgl. Frank Anm. V zu § 306.

[3]) Nur mögliches, da das Öffnen auch ohne Beschädigung des Handlungsobjektes geschehen kann. So kann bei Lösen einer Verschnürung nach Kenntnisnahme des Inhalts der frühere Zustand der verschlossenen Urkunde wieder hergestellt werden.

[4]) Soweit die bisher behandelten Fälle erfaßt werden, im Ergebnis übereinstimmend: Olshausen a. a. O. Anm. 14 zu § 73, Allfeld a. a. O. S. 235.

Rechtsgüterschutz abstellt [1]), nicht in Widerspruch. Sie unterscheidet sich jedoch dadurch von ihr, daß sie einmal begrifflich leichter zu erfassen ist, daß sie weiter eine Zweiteilung danach, ob dasselbe Rechtsgut oder verschiedene, von denen das eine das umfassendere ist, geschützt werden, erübrigt, während die Ansicht Honigs diese begriffsnotwendig verlangt.

Es bleibt nur noch übrig eine Abgrenzung des Konsumtionsbegriffes, wie er hier festgestellt wurde, von den bisher behandelten Unterfällen der Gesetzeskonkurrenz vorzunehmen. Gegenüber der Subsidiarität erscheint dies einfach Während es sich bei dem subsidiären Gesetze stets um eine an sich nicht strafbare, aber hier aus besonderen Gründen unter Strafe gestellten Vorbereitungs- oder Anfangshandlung der Ausführungen eines Delikts handelt, erfüllt bei der Konsumtion das Mittel ein **selbständiges** Strafgesetz.

Schwieriger ist die Abgrenzung gegenüber der Spezialität. Sie ergibt sich aus einer Betrachtung der Tatbestände der in dem Verhältnis der Spezialität oder Konsumtion stehenden Gesetze zueinander. Bei der Spezialität gibt die lex generalis stets den Grundtatbestand für die lex specialis ab. Die lex specialis kennzeichnet lediglich die unter besonderen — spezialisierenden — Umständen erfolgte Verwirklichung dieses Grundtatbestandes. Das Spezialisieren bezieht sich meist nur auf einzelne Tatbestandsmerkmale der lex generalis: Handlungsobjekt u. a. Soweit die besonderen Umstände selbst eine strafrechtlich gewürdigte Handlung darstellen, ist der Wert derselben gegenüber dem der Tätigkeit des Grundtatbestandes untergeordnet, diese Handlung stellt sich stets als Haupthandlung dar. Durch die lex specialis wird deshalb auch nicht ein im Verhältnis zu der lex generalis selbständiges neues Delikt geschaffen, sondern sie bleibt stets eine, wenn auch eigenartige Form des Grundtatbestandes. So stellt sich z. B. der Aszendententotschlag in erster Linie als Totschlag dar, der lediglich durch die Besonderheit des Handlungsobjekts zu einem eigenartigen Delikt wird.

Dagegen kann bei der Konsumtion ein gleichartiges Wertverhältnis zwischen den Handlungen des vermittelnden und des dadurch vermittelten Delikts nicht festgestellt werden. Am auffälligsten erscheint dies für den Fall des hier aufgestellten Konsumtionsbegriffs, in dem das konsumierte Delikt nur mögliches, nicht notwendiges Mittel des konsumierenden Straftatbestandes ist. Hier bestehen zwischen den Handlungen dieser Delikte keinerlei Wertbeziehungen, so daß eine Untersuchung auf das Wertverhältnis dieser Tätigkeiten überhaupt nicht in Frage kommt. Der oben (S. 9 f) erwähnte Konsumtionsfall, in welchem durch Sachbeschädigung, Vernichten, die Aneignung eines Gegenstandes erfolgt, kennzeichnet die Beziehungslosigkeit der beiden Tätigkeiten in dieser Hinsicht zur Genüge. Es handelt sich eben hierbei um vollständig verschiedene, durch das Vernichten des Gegenstandes verwirklichte Gesetzestatbestände, deren einzige Beziehung nur darin liegt, daß das eine Delikt, die Sachbeschädigung, als mögliches Mittel des anderen, der Unterschlagung, auftritt.

[1]) Honig a. a. O. S. 66 ff.

Für den Fall des zusammengesetzten Delikts, in welchem also durch das Gesetz ausdrücklich die konsumierten Straftatbestände als notwendige Mittel zur Verwirklichung des konsumierenden erfordert werden, wurde bereits oben (S. 8) Gleichwertigkeit der Mittel untereinander festgestellt. Es kann also weder von dem einen, noch von einem anderen der vermittelnden Handlungen als Haupt- oder Grundhandlung des zusammengesetzten Delikts gesprochen werden. Der Raub z. B. stellt sich weder als ein durch das Hinzutreten der Nötigung spezialisierter Diebstahl, noch als durch danach erfolgenden Diebstahl eigenartige Nötigung dar. Er ist eben ein neues — zusammengesetztes — Delikt, dem weder das eine, noch das andere Mittel, sondern nur beide zusammen den eigenartigen Charakter geben.

Zusammenfassend kennzeichnet sich die Verschiedenheit des hier aufgestellten Konsumtionsbegriffs von dem der Spezialität folgendermaßen:

Bei der lex specialis handelt es sich um die unter besonderen — spezialisierenden — Umständen erfolgende Verwirklichung der lex generalis — des Grundtatbestandes. Bei der Konsumtion dagegen wird durch die konsumierten Straftatbestände der konsumierende vermittelt; zwischen den Handlungen der vermittelnden Delikte bestehen entweder keine Wertbeziehungen oder sie treten sich innerhalb des vermittelten Straftatbestandes gleichwertig gegenüber.

Als Bedeutung dieses Konsumtionsbegriffes ergibt sich:

Da die konkurrierenden Gesetzestatbestände erfüllt sind, ist die Konsumtion Konkurrenz in dem oben genannten Sinne (S. 2). Und zwar Gesetzeskonkurrenz, da sich die Konsumtion aus dem Verhältnis der Gesetze selbst ergibt. Die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen dem vermittelnden und dem vermittelten Straftatbestand wird durch sie ausgeschlossen.

§ 7.

Das Verhältnis der Teilnahmeformen als Konkurrenz eigener Art.

Es soll nun eine Erörterung weiterer als Konsumtion bezeichneter Fälle erfolgen. Ich denke hier zunächst an das Verhältnis der Teilnahmeformen zur Haupttat und untereinander. Daß Anstiftung und Beihilfe nicht mit Täterschaft in bezug auf dieselbe strafbare Handlung konkurrieren können, verbietet der im Gesetz ausdrücklich niedergelegte Grundsatz, daß strafbare Anstiftung und Beihilfe nur zu der Tat eines anderen erfolgen könne [1]). Ein weiteres Eingehen auf die Ansichten, die die Straflosigkeit teils auf Subsidiarität, mehr noch auf Konsumtion

[1]) Vgl. § 48 StGB.: „einem anderen" und § 49 StGB.: „dem Täter", welcher Wortlaut auch nur „einem anderen als Täter" bedeuten kann.

zurückführen, erübrigt sich, da die Straflosigkeit der geringeren Teilnahmeform auf Mangel an Tatbestandsmäßigkeit beruht. Es fehlt eben dann an dem vom Gesetz geforderten Tatbestandsmerkmal des „anderen".

Allgemein anerkannt in Rechtsprechung und Literatur ist weiterhin die Meinung, daß, wenn Anstiftung und Beihilfe zu derselben Straftat in einer Person zusammentreffen, die Strafdrohung bezüglich letzterer der der ersteren nachgeht [1]). „Denn wer mehrere Bedingungen zu demselben Erfolge setzt, begeht immer nur ein Verbrechen, mag er es als Täter oder als Teilnehmer tun. Dieser Analogieschluß ist unabweisbar" [2]). Das Reichsgericht hat deshalb auch in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, daß „bei mehrfacher Beteiligung einer Person an demselben Delikt stets nur diejenige Teilnahmeform in Betracht kommt, welche die schwerste Strafbarkeit ergibt" [3]). Es gewinnt diese Erkenntnis, indem es das Verhältnis der Teilnahmeformen bald unter dem Grundsatz der Subsidiarität, bald der Konsumtion betrachtet [4]). Doch ist für sie an beiden Plätzen kein Raum. Als Subsidiarität ist sie deshalb nicht aufzufassen, da die aus den anerkannten Fällen der Subsidiarität gewonnene Definition des Subsidiaritätsbegriffs auf sie nicht paßt. Es handelt sich hierbei nicht um die strafrechtliche Würdigung verschiedener Angriffs s t a d i e n gegen dasselbe Rechtsgut, sondern um eine solche der verschiedenen Angriffs f o r m e n. Sie als Konsumtion zu bezeichnen, dazu berechtigt allein nur die sprachliche Bedeutung des Wortes „Konsumtion". Da aber „rechtliche Aufzehrung" nicht als allgemeine Bezeichnung für alle Fälle, in denen ein Strafanspruch durch das Vorhandensein eines anderen verbraucht wird, womit dieser Begriff wie oben (S. 8) festgestellt wurde, zum Oberbegriff auch der anderen Konkurrenzformen würde, aufgefaßt werden darf, vielmehr eine engere Abgrenzung erfahren soll und hat, so darf er auch nicht dazu dienen, dieses Verhältnis der Teilnahmeformen zu erklären.

Das Verhältnis besteht vielmehr als selbständiger, außerhalb der genannten drei Konkurrenzformen bestehender Fall von Straflosigkeit einer Handlung, als Konkurrenz sui generis: Sie gründet sich auf einen den Teilnahmeformen selbst innewohnenden Grundsatz, der sich als rechtspolitischer Gedanke kennzeichnet: Der stärkeren Teilnahmeform wohnt auch der größere Unrechtswert inne. Mit der

[1]) Olshausen hielt früher als einzelner Idealkonkurrenz zwischen Anstiftung und Beihilfe zu derselben Straftat und in derselben Person für möglich, hat diese Ansicht aber heute (Anm 18 zu § 73) aufgegeben.

[2]) Frank a. a. O. Anm. VII, 2b), g zu § 73.

[3]) RG. 33, 401; ebenso 27, 273; 44, 208 u. a.

[4]) So nimmt das RG. in 33, 401 Subsidiarität der Strafdrohungen an, während es im Recht 1926, S. 291 die Straflosigkeit der schwächeren Teilnahmeform aus den Grundsätzen der Konsumtion erklärt.

Erfassung dieses stärkeren Unrechtswertes ist dem staatlichen Strafinteresse Genüge getan. „Die Verletzung des unter dem umfassenderen Gesichtspunkt der Teilnahme aufgestellten Verbotes läßt die Verletzung des weniger umfassenderen als weniger bedeutend und daher strafrechtlich unbeachtlich erscheinen, wie auch immer die der Verletzung beider Verbote zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse gelagert sein mögen" [1]). Nicht das Vorliegen eines Subsidiaritäts- oder Konsumtionsverhältnisses, sondern dieser aus dem Sinn und Zweck der gesamten Strafgesetzgebung und insbesondere auch aus dem Verhältnis der Teilnahmeformen heraus gewonnene Grundsatz rechtfertigt die Straflosigkeit der schwächeren Teilnahmeform.

§ 8.

Die „straflose Nachtat" als Ergebnis einer weiteren selbständigen Konkurrenzform.

Unter dem für die Erkenntnis des Verhältnisses der Teilnahmeformen maßgebenden Gesichtspunkt des umfassenderen Unrechtswertes betrachtet Honig die von Frank unter c (s. oben S. 7) angeführten Fälle — von denen er allerdings einige in das Gebiet der später zu behandelnden Alternativität verweist. Es handelt sich hierbei um den Fall der straflosen Nachtat, deren Bedeutung in Literatur und Rechtsprechung größtenteils anerkannt ist. Die Straflosigkeit der Nachtat, die sowohl Sicherungs- als auch Verwertungsdelikt sein kann, hängt nach Honig, soweit er sie als Konsumtion behandelt, von folgendem ab: „Umfaßt der Unrechtswert der Vortat den der Sicherungs- oder Verwertungshandlung, so ist letztere nach den Grundsätzen der Konsumtion als straflose Nachtat zu bewerten. Ob jenes Verhältnis zwischen den Unrechtswerten der Vor- und Nachtat vorliegt, läßt sich in der Regel aus den Folgen beider Handlungen, den von ihnen bewirkten Schädigungen, erkennen. Treten jedoch diese Folgen nicht greifbar in Erscheinung, so ist der Schuldwert der Vortat insofern entscheidend, als aus dem, was der Täter mit der Vortat bezweckte, der Umfang der Schädigung ersichtlich wird" [2]). Er gewinnt diese Erkenntnis unter Kritik von Entscheidungen des Reichsgerichts. Dieses lehnt Straflosigkeit ab bei mehrfacher Schädigung und vertritt damit einen richtigen Gesichtspunkt. So führt es in RMG. 22, 253 aus: „Die Annahme eines selbständigen, nach dem Diebstahl verübten Betruges unterliegt dann keinem Bedenken, wenn der Täter über den durch den Diebstahl dem Bestohlenen zugefügten Schaden hinaus durch die Verfügung über den gestohlenen Gegenstand eine neue Schädigung verursacht". Seine Begründungen lassen aber den daraus zu ziehenden Schluß auf das Verhältnis der Unrechtswerte der Handlungen vermissen. Soweit es Straflosig-

[1]) Honig a. a. O. S. 73 ff.

[2]) Honig a. a. O. S. 95.

keit der Nachtat bejaht, beschränkt es sich auf allgemein gehaltene Begründungen [1]. Honig hat zuerst in aller Schärfe den maßgebenden Gesichtspunkt der Straflosigkeit der Nachtat erkannt und dargelegt. Der Verbrauch des Unrechtswertes dieser Handlung durch den umfassenderen der Vortat findet seine Berechtigung einmal darin, daß wesentliches Interesse des staatlichen Strafanspruchs die Erfassung des Unrechtswertes ist, zum anderen durch — hier sicher zulässige — Analogie aus dem bereits oben (S. 12, 13) dargelegten, den Teilnahmeformen innewohnenden Grundsatz. Auch entspricht ein solcher Gebrauch des staatlichen Strafanspruchs in bezug auf Vor- und Nachtat der Billigkeit.

Verfehlt scheint mir nur, die Straflosigkeit der Verwertungs- und Sicherungshandlungen als Konsumtion zu bezeichnen. Auch hier gilt zunächst bezüglich der sprachlichen Bedeutung des Wortes „Konsumtion" das bereits bei Behandlung der Teilnahmeformen Gesagte: Aus dieser sprachlichen Bedeutung ist keine Berechtigung für die Ansicht Honigs herzuleiten. Eine Vereinigung des hier behandelten Straftatenverhältnisses mit der oben (S. 9) erkannten Konsumtionsdefinition zu einem einheitlichen Begriff erscheint deshalb unmöglich, da bei den dort behandelten Konsumtionsfällen stets die Vortat als Mittel straflos bleibt, während es sich hier um die Straflosigkeit der Nachtat handelt. Auch liegt ein dem Mittlerverhältnis zwischen konsumierten und konsumierenden Delikt ähnliches Verhältnis bei den hier behandelten Konkurrenzfällen nicht vor. Doch auch zu einem Nebeneinander als Unterabteilungen der Konsumtion ist kein Raum. Dieses verbietet die allzu große Verschiedenheit beider. Der Verbrauch des Strafanspruchs in den hier als einzige Konsumtionsfälle bezeichneten Verhältnissen von Strafrechtssätzen beruht auf den Verhältnissen der Gesetze selbst. Die Straflosigkeit der „Nachtat" ist bedingt durch das Verhältnis der beiden Straftaten. Eine Betrachtung der durch sie erfüllten Gesetze auf ihr Verhältnis zueinander ergibt nichts, was die Straflosigkeit der einen Handlung rechtfertigen könnte. Honig sagt ja selbst, daß die Bedeutung des Unrechtswertes der Nachtat abhängt in Ermangelung von greifbaren Erfolgen von dem Schuldwert der Vortat, mithin von subjektiven, in dem Vorsatz des Täters liegenden Momenten. Durch sie wird also letzten Endes die Straflosigkeit der Sicherungs- oder Verwertungshandlung bedingt. Diese Unterschiede berechtigen dazu, diese Fälle als Konsumtionsfälle abzulehnen. Es erscheint vielmehr angebracht, sie neben den genannten drei Konkurrenzen,

[1]) Vgl. hierzu RG. in Goltd. Arch. 50, 121: Der Täter hatte sich einen von ihm unterzeichneten Schuldschein durch Täuschung der Gläubiger verschafft und ihn später vernichtet. Das Reichsgericht verurteilte ihn wegen Betrugs. In der späteren Handlung eine strafbare Urkundenvernichtung zu erblicken, lehnte es ab. „Alles, was der Betrüger später mit der durch seine strafbare Tätigkeit erworbenen Urkunde vornimmt, kennzeichnet sich nur als ein weiterer Ausfluß, als eine weitere Ausgestaltung und Fortführung eines rechtswidrigen Angriffs auf fremdes Vermögen. Weil dieser Angriff dem äußeren Erfolge nach zu einer Aufhebung des fremden Rechts bereits geführt hat, darf er in Beziehung auf den dadurch Verletzten einer neuen strafrechtlichen Beurteilung nicht mehr unterzogen werden."

ebenso wie das Verhältnis der Teilnahmeformen als besonderen Fall der Straflosigkeit einer Handlung, bedingt durch eine andere, aufzufassen, eben als „straflose Nachtat".

Ergebnis: Die „straflose Nachtat" ist Konkurrenz, ein „Zusammentreffen" beider Strafgesetze liegt vor. Sie ist nicht Konsumtion und nicht Gesetzeskonkurrenz, da sich der Verbrauch des Strafanspruchs nicht aus dem Verhältnis der Gesetze ergibt. Sie ist, ebenso wie das Verhältnis der Teilnahmeformen eine Konkurrenz eigener Art. Die Möglichkeit einer Ideal- bezw. Realkonkurrenz [1]) wird durch den größeren Unrechtswert der Vortat ausgeschlossen.

*

[1]) Je nachdem man eine Einheit oder Mehrheit der Handlungen annimmt. Eine Klärung dieser Frage erübrigt sich.

III. Abschnitt.

Die verschiedenen Begriffsdefinitionen der „Alternativität" und ihre Bedeutung.

§ 9.

Die Alternativität Liszts.

Ich glaube, in dem bisherigen Teil meiner Abhandlung Wesen und Bedeutung der drei Hauptkonkurrenzformen, denen die Alternativität eingereiht werden soll, genügend gewürdigt zu haben, so daß sie als Wertmesser für diese in Frage kommen können. Bei der Erforschung der einzelnen Alternativitätsbegriffe auf ihre Bedeutung soll nun zunächst geprüft werden, ob sie wie diese Konkurrenzformen sind. Verneinendenfalls ist weiter zu untersuchen, ob sie ein bestimmtes logisches Verhältnis zwischen Strafgesetzen kennzeichnen, welches dem Werte des Spezialitäts-, Subsidiaritäts- und Konsumtionsbegriffes nahe kommt — im Gegensatz zur „Konkurrenzform" hier als „Verhältnisform" bezeichnet. Der Begriff der Alternativität wurde zuerst von Binding aufgestellt und hat seitdem eine mannigfache Auslegung erfahren. Ich richte meine Kritik nicht zuerst auf die Ansicht des Schöpfers des Begriffes, da diese eine eingehendere Erörterung verdient, sondern beschäftige mich zuerst mit den Alternativitätsbegriffen, die eine verhältnismäßig schnelle Ablehnung erfahren können.

Einstimmige Ablehnung hat die Ansicht Liszts in der Literatur, soweit sich diese damit beschäftigt, gefunden. Nach ihm sind alternativ solche Verbrechen, deren Begriffe widerstreitende Merkmale enthalten [1]). Als Beispiele führt er an Mord und Totschlag, Diebstahl und Unterschlagung. Was das erste Beispiel angeht, so paßt dies zu der Definition Liszts überhaupt nicht. Bei dem Verhältnis zwischen Mord und Totschlag liegen formell, d. h. nach dem Wortlaut, wohl „widerstreitende" Merkmale vor — bei dem Totschlag Ausführung ohne Überlegung, beim Mord Ausführung mit Überlegung. Materiell sind jedoch in den Worten: Ausführung mit und ohne Überlegung keine Gegensätze enthalten. Vielmehr enthält der Tatbestand des Mordes den gesamten Tatbestand des Totschlags, als plus darüber hinaus die Ausführung mit Überlegung. Der Mord stellt sich somit als spezieller Totschlag, d. h. der „mit Überlegung" ausgeführte Totschlag dar [2]).

Allgemein betrachtet ergibt sich als Kritik der Lisztschen Begriffsdefinition: Ein Abstellen des Alternativitätsverhältnisses auf die widerstreitenden Merkmale, ohne diese in Beziehung zu einem gemeinsamen Punkt zu bringen, ist abzulehnen. Der Begriff „widerstreitend" ergibt selbst keine scharfe Abgrenzung. Widerstreitend

[1]) v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 343.

[2]) Ebenso VE. Begr. S. 373 Anm. 4; RG. 9, 401 u. a.

bedeutet wohl soviel wie „gegensätzlich". Gegensätze können jedoch nur dann vorliegen, wenn Begriffe oder Gegenstände zu einem gemeinsamen in Beziehung gebracht werden. Dieser Beziehungspunkt ist aber in der Lisztschen Begriffsbestimmung nicht enthalten. Ist jedoch „widerstreitend" nur als „verschieden" aufzufassen, so wären — dem Aufbau unseres Strafgesetzbuches entsprechend — fast sämtliche Strafgesetze alternativ, ein Ergebnis, was kein Ergebnis bedeutet!

Die Lisztsche Alternativität ist somit in keiner Hinsicht geeignet, einen klaren und abgegrenzten Alternativitätsbegriff zu schaffen [1]). Daß von ihr als Konkurrenzform nicht die Rede sein kann, ist selbstverständlich. Doch auch als mögliche Verhältnisform (vgl. oben S. 16) von Strafgesetzen kommt ihr keine Bedeutung zu, denn „Gesetze, die so verschiedene Tatbestände, wie Diebstahl und Unterschlagung aufstellen, können auf dieselbe Handlung auch nicht nur scheinbar zutreffen" [2]). Wo an eine Konkurrenz zwischen Straftatbeständen nicht im entferntesten gedacht werden kann, ist auch einem festzustellenden Verhältnisse zwischen diesen Strafgesetzen jegliche Berechtigung abzusprechen.

§ 10.

Der Belingsche Alternativitätsbegriff.

Der Lisztschen Begriffsdefinition nahe kommt die Belings. Nach ihm wird die Alternativität von Strafgesetzen bedingt durch die „logisch völlige Beziehungslosigkeit der beiderseitigen Strafdrohungen", diese wiederum bedingt durch „Exklusivität der Typen" [3]). Exklusivität der Typen bedeutet: Zwischen beiden Tatbeständen besteht ein solcher Gegensatz „wie etwa zwischen den Begriffen Leben und Verstorbensein", so daß „die Bejahung des einen Typus gleichzeitig die Verneinung des anderen bedeutet und umgekehrt" [4]). Beling bemerkt nun, daß sich in bezug auf alternative Gesetze „gebieterisch ein aut-aut geltend mache und das Konkurrenzproblem überhaupt nicht auftauche" [5]). Wie schon der Wortlaut „Alternativität" besagt, muß die Bedeutung jedes Alternativitätsbegriffs darin bestehen, daß nur entweder das eine oder das andere der alternativen Gesetze zur Anwendung kommen kann. Wenn aber die Exklusivität der Tatbestände der-

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend Honig a. a. O. S. 96; Max Ernst Mayer a. a. O. S. 502 Dörr a. a. O. S. 109 und VE. Begr. S. 373, Anm. 4 u. a. Letztere beschränken sich auf eine Ablehnung an Hand der von Liszt gebrachten Beispiele, lassen aber eine allgemeine Begründung ihrer Ansicht vermissen.

[2]) VE. Begr. a. a. O. S. 373, Anm. 4.

[3]) Beling a. a. O. S. 305.

[4]) Beling a. a. O. S. 282.

[5]) Beling a. a. O. S. 305, ebenso Grundzüge S. 104.

art sein soll, daß, wie Beling es für seine Alternativität sagt, eine Konkurrenz von vornherein ausgeschlossen erscheint und „gebieterisch", d. h. sofort bemerkbar, ein Entweder-Oder verlangt wird, so erscheint ein solcher Alternativitätsbegriff wertlos. Denn, wo es von vornherein selbstverständlich ist, daß zwischen Strafgesetzen keinerlei Konkurrenz möglich sein kann, erscheint für diese Strafrechtssätze die Prägung einer besonderen Verhältnisform, nämlich eines so definierten Alternativitätsbegriffes überflüssig. Eine Vergleichung mit den als Wertmesser dienenden bisher behandelten Konkurrenzbegriffen erübrigt sich deshalb aus denselben Gründen, die zur Ablehnung der Lisztschen Definition führten.

§ 11.

Die Definition Bindings, Allfelds und Adolf Merkels.

Der Schöpfer des Alternativitätsbegriffs Binding faßt diese einmal als ein solches Verhältnis von Strafgesetzen auf, deren Tatbestände „sich verhalten wie zwei einander schneidende Kreise" [1]. In diesem Falle soll allein „das für den Angeklagten im konkreten Fall ungünstigste Strafgesetz [2]) Anwendung finden. Max Ernst Mayer [3]), der die Bindingsche Definition ablehnt, behandelt den von Binding u. a. als Beispiel gebrachten Fall, in dem die Handlung sowohl den Tatbestand des § 265 StGB., als auch den des § 306 StGB. erfüllt. Hier hätte also Verurteilung und Bestrafung nach der Deduktion Bindings nur aus dem für den Täter im konkreten Fall ungünstigsten Gesetze zu erfolgen. Als Ergebnis einer solchen Beurteilung bezeichnet Max Ernst Mayer alleinige Verurteilung und Bestrafung aus Brandstiftung. „Kein falsches, aber ein schlechtes Urteil" [4]). Ein schlechtes Urteil gewiß! Mit Recht wird in der Begründung zum Vorentwurf [5]) in Übereinstimmung mit der h. L. Idealkonkurrenz als vorliegend erachtet, deren Möglichkeit zwischen den betreffenden Gesetzen auch von der Praxis bejaht wird [6]). Und da die zur Beurteilung stehende Handlung sämtliche Tatbestandsmerkmale der beiden in Betracht kommenden Strafrechtssätze erfüllt, ist Idealkonkurrenz gegeben. Das Vorliegen eines Spezialitäts-, Subsidiaritäts- oder Konsumtionsverhältnisses der beiden Strafgesetze, durch welches, wie bereits dargelegt, Idealkonkurrenz ausgeschlossen und die Anwendung nur eines dieser Gesetze erforderlich wird, ist zu verneinen. Während bei der Annahme einer Idealkonkurrenz eine Verurteilung aus beiden Gesetzen, die Bestrafung lediglich aus nur einem erfolgt, „schiede" — nach der Deduktion

[1]) Binding, Handbuch, I S. 349.

[2]) Binding, Handbuch, I S. 350.

[3]) M. E. Mayer a. a. O. S. 502.

[4]) M. E. Mayer a. a. O. S. 502.

[5]) VE. Begr. S. 373, Anm. 4.

[6]) RG. in Goldt. Arch. 35, 398 u. a.

Bindings — „ — der juristischen Sorgfalt zuwider — ein Teil der rechtlich relevanten Eigenschaften des Vorfalls im Urteil aus" [1], nämlich hier die Würdigung der betrügerischen Absicht auf die Versicherungssumme der in Brand gesetzten Sache.

Dieses Beispiel beweist, daß der Alternativitätsbegriff Bindings in seinen Folgen in keiner Hinsicht geeignet ist, die Strafbarkeit einer Handlung in ihrer ganzen Tragweite durch das Urteil zu erfassen; vielmehr geschieht dies nur durch die Annahme einer Idealkonkurrenz. Gerade für die Fälle, in denen dem Unrechtswert einer Handlung ein Gesetzestatbestand allein nicht vollkommen gerecht wird, ist die Aushilfsregel des § 73 StGB. getroffen. Die Bindingsche Alternativität, soweit sie bisher behandelt wurde, stellt sich somit als ein Fall von Idealkonkurrenz [2], dar, es erübrigt sich deshalb ein weiteres Eingehen auf sie.

Weiter als Alternativität bezeichnet Binding in Übereinstimmung mit Allfeld [3], den Fall, „daß zweimal genau derselbe Tatbestand in verschiedenen Gesetzen unter Strafe gestellt wird" [4]. Auch hier soll bei Verschiedenheit der Strafdrohungen das im konkreten Fall für den Angeklagten ungünstigste Gesetz zur Anwendung kommen. In diesen Fällen handelt es sich meistens um Ausschluß des einen Gesetzes aus einer der drei Formen der Gesetzeskonkurrenz. So wird in dem von Binding als Beispiel gebrachten Verhältnis der §§ 306—308 StGB. zu den §§ 5, 6 Sprengstoffgesetz Subsidiarität der letzteren anzunehmen sein [5]. „Jedenfalls ist die Bedeutung der Alternativität in diesem Sinne, auch wenn man sie in dem einen oder anderen Falle als gegeben ansieht, keine erhebliche; sie beruht, wie Finger mit Recht betont, stets auf einem Fehler, einer Nachlässigkeit des Gesetzgebers [6]. Ein solches, aus diesen Gesetzgebungsfehlern resultierendes Verhältnis zu einem Konkurrenzbegriff zu erheben, der den drei Formen der Gesetzeskonkurrenz gleichwertig zur Seite stehen soll, erscheint zwecklos und unangebracht. Damit entfällt die Existenzberechtigung des Bindingschen Alternativitätsbegriffes in seinem ganzen Umfange.

Zur Ablehnung des von Ad. Merkel aufgestellten Alternativitätsbegriffes, der darunter ein „bloß alternatives Verhältnis" von Strafgesetzen in bezug auf eine Handlung versteht derart, daß nur eines „berufen ist, zur Anwendung zu ge

[1] M. E. Mayer a. a. O. S. 502, Anm. 3.

[2] Vgl. Honig a. a. O. S. 3: „— liegt — ein regelrechter Fall von Idealkonkurrenz vor".

[3] Allfeld a. a. O. S. 236.

[4] Binding, Handbuch, I S. 349.

[5] Stenglein a. a. O. Anm. 23 zu § 5 Sprengstoffgesetz.
VE. Begr. S. 373, Anm. 4.

[6] VE. Begr. S. 373, Anm. 4; ebenso Finger a. a. O. I S. 377;
Olshausen Anm. 15 zu § 73; Frank Anm. VII 3 zu § 73 u. a.

langen" [1]), beziehe ich mich auf die Ansicht Honigs: „Dann würde Alternativität nichts anderes als eine bloße Konkurrenz von Gesetzen überhaupt bedeuten" [2]). Diese Alternativität stellte sich somit als Oberbegriff der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion dar, womit „alsdann der Begriff der Alternativität überflüssig wird" [3]).

§ 12.

Die Alternativität im Sinne von Honig und ihre Bedeutung.

1. Die Kennzeichnung dieses Begriffs.

Ich komme nun zur Betrachtung des Alternativitätsbegriffes, der am klarsten das Wesen dieses Verhältnisses erfaßt, der Begriffsdefinition Honigs. Er gelangt hierzu auf folgendem Wege: Er geht aus von dem Alternativitätsbegriff Liszts, erkennt richtig, daß es hier den widerstreitenden Tatbestandsmerkmalen an einem gemeinsamen Beziehungspunkt fehlt und setzt als solchen die Identität des geschützten Rechtsguts. „Ein weiteres einschränkendes Kriterium" sucht Honig dann „in der Zweckvorstellung des Täters": die widerstreitenden Merkmale „müssen verschiedene Mittel zur Erreichung eines und desselben Zweckes sein" [4]). Es ergibt sich also für ihn folgende Begriffsdefinition: „Das Verhältnis der Alternativität besteht zwischen denjenigen Rechtssätzen, die sich im Hinblick auf den Schutz eines und desselben Rechtsguts wie verschiedene Mittel zur Erreichung eines und desselben Zweckes verhalten. Der Verschiedenheit der Mittel entspricht die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale" [5]). Die Folgen dieses Entweder-Oder-Verhältnisses zeigen sich darin, daß, sobald eines dieser Gesetze als erfüllt angesehen werden muß, das andere bei der rechtlichen Beurteilung automatisch außer Betracht bleibt. „Sind in zwei Deliktstatbeständen verschiedene Wege der Verletzung eines und desselben Rechtsgutes beschrieben, so kann eine Handlung notwendigerweise nur entweder die Verwirklichung des einen oder aber des anderen Weges sein" [6]).

Honig bringt nun zur Erläuterung seiner Ansicht verschiedene Beispiele von derart alternativen Gesetzen an. Er verweist hier zuerst auf das Verhältnis des Diebstahls zur Unterschlagung. Der gemeinsame Zweckgedanke ist hier die Zu-

[1]) Ad. Merkel a. a. O. S. 269.

[2]) Honig a. a. O. S. 3.

[3]) Honig a. a. O. S. 3.

[4]) Honig a. a. O. S. 97.

[5]) Honig a. a. O. S. 98 f.

[6]) Honig a. a. O. S. 99.

eignung einer Sache, dasselbe geschützte Rechtsgut das Eigentum an derselben. Die unvereinbaren Tatbestandsmerkmale beruhen auf der Verschiedenheit des Gewahrsamsverhältnisses — der Diebstahl verlangt im Gegensatz zur Unterschlagung den Bruch fremden Gewahrsams. Mit der Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens des letzteren scheidet der Tatbestand der Unterschlagung bezw. des Diebstahls bei der rechtlichen Würdigung automatisch aus. Dies war das Ergebnis, soweit nur e i n e Handlung zur Beurteilung stand.

Wie gestaltet es sich nun, wenn eine dem Diebstahl nachfolgende Handlung, die sich als Zueignungshandlung darstellen würde, zu würdigen ist? Die Zueignung einer Sache erfordert nach herrschender Ansicht eine nach außen erkennbare Handlung, die den bloßen Entschluß der Zueignung dokumentiert [1]). Der Entschluß der Zueignung ist aber in der vom § 242 StGB. verlangten Absicht enthalten. Diese Absicht geht aber sehr oft auf eine Benutzung der gestohlenen Sache, die sich als ein Zustand darstellt, der mit der Begründung des eigenen Gewahrsams beginnt. Mit der Begründung eines anderen als des gebrochenen, hier des eigenen Gewahrsams, ist aber auch nach h. L. erst die Wegnahme im Sinne des § 242 StGB. vollendet (Apprehensionstheorie). In einer, vielleicht erst nach langer Dauer erfolgenden, diesen Zustand ändernden Handlung die Zueignung zu erblicken, geht nicht an, da der Entschluß des Täters ja auf die Zueignung durch Herstellung dieses Zustands zielte. Deshalb ist schon die Wegnahme in Zueignungsabsicht die Zueignung selbst. Dies gilt für alle Diebstahlshandlungen, da die Wegnahme stets eine Bestätigung der Zueignungsabsicht ist [2]). Bei der Betrachtung der nachfolgenden Handlung fehlt es für die Annahme einer Unterschlagung an der von § 246 StGB. geforderten Zueignungshandlung. Betrug und Unterschlagung stehen ebenfalls im Alternativitätsverhältnis i. S. Honigs, da beide verschiedene Wege zur Erreichung desselben Zwecks: der Vermögensbeschädigung im Hinblick auf den Verletzten, der Vermögensbereicherung zu Gunsten des Täters, darstellen. Klar erscheint auch hier das von Honig in bezug auf eine Handlung als Folge festgestellte Ergebnis dieses Verhältnisses, daß nämlich nur einer der beiden Straftatbestände auf die Tat zutreffen kann. Es bedarf nun wiederum der Erörterung, wie sich diese Delikte in bezug auf mehrere Handlungen verhalten. Jemand unterschlägt eine Sache und verkauft sie sodann unter der Zusicherung, daß er auch tatsächlich ihr Eigentümer sei, an einen Dritten. Diese der Unterschlagung nachfolgende Handlung könnte sich als Betrug darstellen. Für die Annahme eines solchen fehlt es aber an dem Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung. Eine solche zum Nachteil des Dritten tritt unter der Voraussetzung, daß dieser gutgläubig ist, nicht ein, da er ja dann gemäß § 932 BGB. Eigentümer der Gegenstände geworden ist. Liegt nun eine Vermögensbeschädigung zum Nachteil des früheren Eigentümers vor? Rechtlich ist die Sache erst mit dem Eigentumserwerb durch den Dritten aus seinem

[1]) Vgl. hierzu Frank a. a. O. Anm. III zu § 243 und die dort zitierte Literatur.

[2]) Leipz. Komm. Anm. 3 zu § 242 und Anm. 3 zu § 246.

Vermögen ausgeschieden, da er trotz der Unterschlagung bis zu diesem Zeitpunkt noch Eigentümer geblieben ist. Für die Frage, ob eine Vermögensbeschädigung vorliegt, sind aber nicht rechtliche, sondern wirtschaftliche Gesichtspunkte zu Grunde zu legen. Mit der Unterschlagung ist der Gegenstand wirtschaftlich aus dem Vermögen des früheren Eigentümers ausgeschieden. Eine Schädigung seines Vermögens ist durch den Verkauf und den Eigentumserwerb durch den Dritten nicht eingetreten [1]). Die der Unterschlagung nachfolgende Handlung bleibt deshalb mangels Tatbestandsmäßigkeit straflos. Das gleiche gilt auch für eine entsprechende Handlung, der ein Diebstahl der Gegenstände vorangegangen ist, da auch durch Diebstahl die Sache wirtschaftlich aus dem Vermögen der Bestohlenen ausscheidet.

Ein ebensolches Alternativitätsverhältnis stellt Honig unter Kritik einiger Reichsgerichtsentscheidungen zwischen den §§ 266 und 246 StGB. fest. Mit der Anführung dieser Beispiele sei der Alternativitätsbegriff Honigs genügend gekennzeichnet [2]). Wesentlich ist hier, seine Bedeutung zu erforschen.

2. Die Bedeutung dieses Begriffs, insbesondere für die Rechtsfindung.

Das Ergebnis der Betrachtung der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion war folgendes:

Alle drei sind Konkurrenzformen, da die Tatbestände der so konkurrierenden Gesetze auch tatsächlich verwirklicht sind. Sie sind Unterabteilungen der Gesetzeskonkurrenz: Die alleinige Anwendbarkeit des einen Gesetzes resultiert aus dem Verhältnis dieser Strafrechtssätze, somit aus dem Gesetz selbst. Hierdurch wird die Möglichkeit einer Ideal- bezw. Realkonkurrenz zwischen diesen Gesetzen ausgeschlossen, Idealkonkurrenz, soweit sie in bezug auf eine, Realkonkurrenz, soweit sie in bezug auf mehrere Handlungen zusammentreffen.

Mit der Bedeutung dieser Konkurrenzformen ist die Alternativität mit Rücksicht auf die Stellung, die sie einnehmen soll, zu vergleichen. Die Alternativität ist nicht Konkurrenz, ein Erfülltsein der in diesem Verhältnis stehenden Gesetze liegt nicht vor. Nicht aus diesem Verhältnis, also auch nicht aus dem Gesetze selbst, ergibt sich der Ausschluß des einen Gesetzes von der Rechtsfindung, „vielmehr scheidet hier einer der in Betracht kommenden Rechtssätze schon mangels Tatbestandsmäßigkeit aus" [3]), wie bereits oben (S. 20 ff) eingehend dargelegt ist.

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend RG. E Bd. 49, S. 16, die einen entsprechenden Tatbestand behandelt: „Auch eine Schädigung des Vermögens des früheren Eigentümers war durch die Täuschungshandlung nicht bewirkt worden. Der Angeklagte hatte sich das Rad durch die Unterschlagung zugeeignet; gegenüber diesem Eingriff in das fremde Vermögen läßt das Strafrecht die Veräußerung der unterschlagenen Sachen nicht als eine neue Vermögensbeschädigung gelten. — — —"

[2]) Bezüglich weiterer Beispiele vgl. Honig a. a. O. S. 101 ff.

[3]) Honig a. a. O. S. 112.

Dasselbe gilt auch bei einer Vergleichung mit dem Wesen der hier als „straflose Nachtat" erkannten Konkurrenzform. Zwar hat die Alternativität mit dieser das gemeinsam, daß hier wie dort stets die Nachtat straflos bleibt. Doch auch bei der „straflosen Nachtat" liegt tatsächlich „Zusammentreffen" der in Betracht kommenden Gesetze vor; die ausschließliche Anwendung des Gesetzes der Vortat beruht auf deren umfassenderen Unrechtswert, während bei der Alternativität die Straflosigkeit der Nachtat auf mangelnder Tatbestandsmäßigkeit beruht. Als Konkurrenzform ist somit der Alternativität jegliche Berechtigung abzusprechen.

Kommt nun der Alternativität eine solche Bedeutung zu, daß, wenn sie auch nicht als Konkurrenzform angesprochen werden darf, so doch als „Verhältnisform" in dem oben (S. 16) dargelegten Sinne ihr Eindringen und Anerkennung in der Strafrechtswissenschaft wünschenswert erscheint? Damit erreichte der Begriff eine solche Stellung, die sich der der Konkurrenzformen näherte.

Denn daß er ein bestimmtes logisches Verhältnis von Strafrechtssätzen kennzeichnet, gibt ihm allein noch keine Daseinsberechtigung in der Strafrechtswissenschaft, da der Zweck einer solchen stets in der Vorbereitung und Unterstützung der Praxis besteht und auch bestehen muß.

Die Frage ist zunächst soweit zu behandeln, als die alternativen Gesetze eine Handlung betreffen. Hier war das Ergebnis, daß auf diese Handlung nur eines dieser Gesetze tatbestandsmäßig zutreffen kann. Welche Vorteile würde nun hier ein Aufstellen des Alternativitätsbegriffs gewähren? Die Kennzeichnung solcher im Alternativitätsverhältnis stehender Gesetze könnte vielleicht die Rechtsfindung erleichtern derart, daß bei Betrachtung der Handlung dem Rechtskundigen die hierfür in Betracht kommenden alternativen Gesetze sofort aufstoßen werden und damit die Frage, welches der beiden die Handlung tatbestandsmäßig erfaßt. Daß ein wahrhaft Rechtskundiger die evtl. anwendbaren Gesetze kennt, ist selbstverständlich. Und um die juristisch schwierigere Frage, welches dieser Gesetze im vorliegenden Fall tatsächlich Anwendung findet, kommt man auch mit der Erkenntnis von dem alternativen Verhältnis dieser Strafnormen nicht herum. Für die Rechtsfindung ist somit bis jetzt in der Anerkennung des Alternativitätsbegriffs ein Vorteil nicht zu erblicken. Andere Gründe, die für diese Anerkennung sprechen, sind — soweit die Alternativität in bezug auf eine Handlung auftritt — nicht zu finden. Honig selbst weiß für ihre Bedeutung in dieser Hinsicht nichts zu sagen. Im Gegenteil erklärt er selbst: „Sobald die Alternativität im Hinblick auf eine Handlung, also in der Form der Gesetzeskonkurrenz [1]) in Erscheinung tritt, wird das Ausscheiden des nicht erfüllten Tatbestandes als der juristischen Denkform selbstverständlich hingenommen" [2]).

[1]) Daß die Alternativität nicht Gesetzeskonkurrenz sein kann, ist bereits oben aus der Tatsache heraus, daß sie überhaupt nicht Konkurrenz ist, erklärt.

[2]) Honig a. a. O. S. 99.

Die Untersuchung des Alternativitätsverhältnisses in bezug auf mehrere Handlungen ergab, daß hier die Nachtat straflos blieb und zwar aus Mangel an Tatbestandsmäßigkeit. Träfe die Straflosigkeit in allen Fällen zu, in denen alternative Gesetze in Hinsicht auf Vor- und Nachtat auftreten, so entständen allerdings mit dem Durchdringen der Kenntnis von in diesem Verhältnis stehenden Gesetzen für die Rechtsfindung große Vorteile. Schon aus der Erkenntnis heraus, daß die evtl. anwendbaren Gesetze alternativ sind, ergäbe sich die Straflosigkeit der Nachtat. Es erübrigte sich also für den Richter die Feststellung, ob das zweite Gesetz durch die spätere Handlung tatbestandsmäßig erfüllt wird. Daß aber die Nachtat strafbar sein kann trotz Vorliegens alternativer Gesetze, gibt Honig selbst zu unter Kritik von Entscheidungen des Reichsgerichts. RG. 15, 426 bringt z. B. den Fall, daß sich der Täter durch Täuschung den Besitz von Wertpapieren verschafft, um dadurch Dritten gegenüber als Eigentümer zu erscheinen. Später eignete er sich die Papiere zu. Mit Recht hat das RG. in der letzteren Handlung eine Unterschlagung erblickt, während es die erste Handlung als Betrug feststellte [1]). Betrug und Unterschlagung stehen aber nach Honig im Verhältnis der Alternativität.

Dieses Beispiel mag genügen, um zu kennzeichnen, daß das Vorliegen alternativer Gesetze in bezug auf Vor- und Nachtat nicht stets notwendigerweise die Straflosigkeit der Nachtat herbeiführt. Trotz Erkenntnis des Alternativitätsverhältnisses bleibt in solchen Fällen immer die Feststellung erforderlich, inwieweit auf die Nachtat das evtl. anwendbare Gesetz tatbestandsmäßig zutrifft. Es gilt deshalb auch hier das bereits oben (S. 23) Gesagte: Für die Rechtsfindung und somit für die Praxis bedeutet die Einführung des Alternativitätsbegriffes in die Rechtslehre keinen Gewinn, und hierin hätte allein die Bedeutung dieses Begriffs bestehen können.

Ergebnis: Die Honigsche Erörterung der Alternativität stellt gewiß einen klar durchdachten Versuch dar, einen Alternativitätsbegriff zu finden. Sie führt auch zu einer scharf abgegrenzten Definition desselben. Doch sie läßt jegliche Begründung seiner Bedeutung vermissen.

In meiner Abhandlung glaube ich gezeigt zu haben, daß seinem Begriff eine solche garnicht zukommt, von einer Bedeutung, die der der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion gleichkommt, garnicht zu reden.

Die Alternativität ist deshalb nicht nur als Konkurrenzform, sondern auch als mögliche Verhältnisform von Strafgesetzen voll und ganz abzulehnen.

---

[1]) Wobei es die Erlangung des Besitzes mit der genannten Absicht als Vermögensvorteil i. S. des § 263 ansah.

Hausdruckerei der Firma Kalle & Co. Aktiengesellschaft, Wiesbaden-Biebrich